

Audience publique du 12 février 2003

Recours formé par Madame ..., épouse ..., ...
contre une décision du ministre des Finances
en matière de promotion

JUGEMENT

Vu la requête déposée au greffe du tribunal administratif le 10 juillet 2002 par Maître Jean-Marie BAULER, avocat à la Cour, inscrit au tableau de l'Ordre des avocats à Luxembourg, au nom de Madame ..., épouse ..., commis à l'administration des Contributions directes et des Accises, demeurant à L-..., tendant à la réformation, sinon à l'annulation de l'arrêté de nomination du ministre des Finances du 11 avril 2002 de Madame ... comme commis principal à l'administration des Contributions directes, ainsi que contre une décision implicite de refus du Ministre des Finances de procéder à l'annulation de l'arrêté du 11 avril 2002 et de prendre une décision relative à sa propre promotion ;

Vu l'exploit de l'huissier de justice Jean-Lou THILL, demeurant à Luxembourg, du 15 juillet 2002 portant signification de ce recours à Madame ..., demeurant à L-...;

Vu la constitution d'avoué de Maître Marc MODERT pour Madame ... déposée au greffe du tribunal administratif le 24 juillet 2002 ;

Vu le mémoire en réponse du délégué du Gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 30 septembre 2002 ;

Vu le mémoire en réplique déposé au greffe du tribunal administratif le 30 octobre 2002 par Maître Jean-Marie BAULER au nom de Madame ..., épouse ... ;

Vu le mémoire en duplique du délégué du Gouvernement déposé au greffe du tribunal administratif le 28 novembre 2002 ;

Vu les pièces versées et notamment la décision critiquée ;

Où le juge-rapporteur en son rapport, ainsi que Maître Nadia JANAKOVIC, en remplacement de Maître Jean-Marie BAULER et Monsieur le délégué du Gouvernement Marc MATHEKOWITSCH en leurs plaidoiries respectives à l'audience publique du 13 janvier 2003.

Par arrêté du ministre des Finances du 28 février 1986, Madame ..., épouse ... fut nommée *candidat expéditionnaire* à partir du 1^{er} mars 1986 à l'administration des Contributions directes et des Accises. Il en fut de même avec Madame

Par arrêté du ministre des Finances du 14 février 1989, Madame ... fut nommée à partir du 1^{er} mars 1989 *expédientaire administratif*, fonction relevant du cadre ouvert de la carrière inférieure de l'expédientaire et classée au grade 4, à l'administration des Contributions directes et des Accises. Il en fut de même avec Madame

En octobre 1992, Madame ... passa avec succès l'examen de promotion et fut classée au deuxième rang. Madame ... passa également avec succès ce même examen et fut classée au troisième rang.

Par arrêté du ministre des Finances du 2 février 1995, Madame ... fut nommée *commis*, fonction relevant du cadre ouvert de la carrière inférieure de l'expédientaire et classée au grade 7, à l'administration des Contributions directes et des Accises. Il en fut de même avec Madame

Madame ... travailla à mi-temps depuis le 15 mars 1993. Par arrêté grand-ducal du 19 mars 1998, elle bénéficia d'un congé pour travail à mi-temps, sur le fondement de l'article 31, paragraphe 2 de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat, ci-après désigné par « *le statut général* ».

Par arrêté du ministre des Finances du 11 avril 2002, Madame ... fut nommée *commis principal*, fonction relevant du cadre fermé de la carrière inférieure de l'expédientaire et classée au grade 8, à l'administration des Contributions directes et des Accises.

Par courrier de son mandataire du 21 mai 2002, Madame ... fit introduire un recours gracieux contre cet arrêté au motif qu'il serait erroné que Madame ..., laquelle se serait classée seulement troisième à l'examen de promotion, serait promue au grade 8 comme commis principal, alors qu'elle-même se serait classée deuxième et qu'en plus elle justifierait du même nombre d'années de services que Madame ... et qu'elle aurait obtenu sa nomination définitive en même temps que cette dernière. Elle ajoute que la seule différence entre sa propre situation et celle de Madame ... résiderait dans le fait qu'elle travaillerait seulement à mi-temps et que partant l'arrêté de promotion de Madame ... constituerait une violation du principe de l'égalité de traitement inscrit à l'article 141, paragraphe 1^{er} du Traité de Rome et plus particulièrement à la directive 76/207. A cet effet, elle demanda l'annulation de l'arrêté de promotion de Madame ... et invita le ministre à prendre un arrêté de promotion à son égard, sinon à lui faire parvenir une décision motivée de refus susceptible de faire l'objet d'un recours administratif. Ce recours gracieux étant resté sans suite de la part du ministre des Finances, Madame ... a fait déposer le 10 juillet 2002 au greffe du tribunal administratif un recours en réformation, sinon en annulation contre l'arrêté de nomination du 11 avril 2002 de Madame ... et contre la décision implicite de refus du ministre des Finances de procéder à l'annulation de l'arrêté visé ci-avant et de prendre une décision favorable quant à sa propre promotion.

Aucun mémoire n'ayant été déposé au nom de Madame ... dans les délais légaux, le tribunal est néanmoins amené à statuer à l'égard de toutes les parties suivant un jugement ayant les effets d'une décision contradictoire conformément aux dispositions de l'article 6 de la loi modifiée du 21 juin 1999 concernant la procédure devant les juridictions administratives.

Si le juge administratif est saisi d'un recours en réformation dans une matière dans laquelle la loi ne prévoit pas un tel recours, il doit se déclarer incompétent pour connaître du recours (T.A. 28 mai 1997, Pas. adm. 2002, V° Recours en réformation, n°4).

En l'espèce, aucune disposition légale ne prévoit un recours en réformation en matière de promotion. L'article 26 du statut général qui institue un tel recours en matière de décisions relatives au traitement des fonctionnaires, est inapplicable en matière de promotion. S'il est vrai qu'une décision de nomination d'un fonctionnaire à une fonction hiérarchiquement supérieure, voire un refus de ce faire, a une conséquence pécuniaire, c'est-à-dire une incidence sur le traitement, il n'en reste pas moins que les deux matières sont régies par des dispositions propres et distinctes (cf. T.A. 29 octobre 1998, n° 10684 du rôle et autres références y citées, Pas. adm. 2002 V° Fonction publique, sous II. Promotion, n°23, p. 242).

Le recours en annulation, introduit en ordre subsidiaire, régulier par rapport aux exigences de forme et de délai, est recevable, en ce qu'il est dirigé contre l'arrêté de nomination de Madame ... du 11 avril 2002. Le recours en annulation dirigé contre la décision implicite de refus du ministre des Finances de procéder à l'annulation de l'arrêté visé ci-avant est à considérer comme prématuré parce qu'il a été introduit avant l'expiration du délai de trois mois permettant au ministre de prendre une nouvelle décision.

Quant au fond, la demanderesse fait valoir en premier lieu que l'arrêté de nomination de Madame ... du 11 avril 2002 violerait l'article 5 du statut général, étant donné que l'accès à l'examen de promotion étant ouvert au fonctionnaire qui travaille à mi-temps impliquerait à fortiori le bénéfice de la promotion, sous réserve d'avoir obtenu les résultats requis.

Aux termes de l'article 5 du statut général : « *L'examen de promotion est un examen accessible à tous ceux qui, à la date de l'examen, ont au moins trois années de grade, sans préjudice de l'application des dispositions des articles 30, paragraphes 1 et 2, 31, paragraphes 1 et 2 et 31-1ci-après...* ».

En vertu de l'article 31, paragraphe 2, dernier alinéa, applicable à Madame ... le congé pour travail à mi-temps *ne compte toutefois ni pour les promotions, ni pour le droit d'admission à l'examen de promotion* ».

Le règlement grand-ducal du 25 avril 1995 fixe les conditions de promotion des fonctionnaires de la carrière de l'expéditionnaire à l'administration des Contributions directes.

L'article 5 du règlement grand-ducal du 25 avril 1995 dispose que « *pour déterminer la promotion aux emplois supérieurs à celui de commis, il est pris égard non seulement au résultat de l'examen de promotion mais également à l'ancienneté de service* ». Vu que Madame ... a travaillé à plein temps et vu que le congé ne compte pas pour la promotion, il en résulte que Madame ... peut faire valoir une ancienneté de service plus élevée que Madame A cela s'ajoute que Madame ... a seulement été classée à l'examen de promotion un rang après Madame ..., de sorte que le critère de l'ancienneté a pu légalement l'emporter en l'espèce.

Au vu de ce qui précède, l'arrêté de nomination de Madame ... du 11 avril 2002 a été pris en conformité avec les dispositions légales et réglementaires applicables et le moyen tiré de la violation de l'article 5 du statut général est partant à rejeter.

Quant au deuxième moyen d'annulation tiré de la violation de l'article 1^{er}, I de la loi du 28 mars 1986 portant harmonisation des conditions et modalités d'avancement dans les différentes carrières des administrations et services de l'Etat, force est de constater que cette disposition a été modifiée par la loi du 15 juin 1999 portant organisation de l'Institut national d'administration publique de sorte qu'elle n'est plus applicable dans sa teneur initiale et que dès lors le moyen tiré de sa prétendue violation est à écarter. Dans son mémoire en réplique la demanderesse se réfère à la nouvelle loi du 15 juin 1999 applicable en la matière pour faire valoir que malgré le fait que le législateur aurait omis de régler le problème du passage du cadre ouvert au cadre fermé, l'avancement devrait se faire sur base de critères objectifs et non arbitraires. Cependant la demanderesse reste en défaut de soumettre au tribunal des éléments concrets lui permettant de retenir qu'en l'espèce l'avancement ne se serait pas fait sur le fondement de critères objectifs et non arbitraires, de sorte que ce moyen est également à écarter pour défaut de pertinence.

En troisième lieu, la demanderesse invoque la violation de l'article 141, paragraphe 1 du Traité CE et de la directive 76/207/CEE du Conseil du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail. Selon la demanderesse, ces deux textes consacraient le principe d'égalité de traitement en ce qui concerne les conditions de travail au sens large et ce principe ne s'appliquerait pas seulement au droit à la promotion professionnelle mais également au bénéfice éventuel de la promotion à l'issue du travail à mi-temps. Elle précise qu'en l'occurrence, même si les hommes pouvaient également bénéficier d'un travail à mi-temps, il n'en demeurerait pas moins qu'en fait le travail à mi-temps concernerait plutôt les femmes, de sorte que toute disposition excluant les personnes bénéficiant d'un travail à mi-temps de la possibilité d'une promotion doit être considérée comme une discrimination indirecte prohibée par le droit communautaire.

Le délégué du gouvernement réplique que le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes ne serait aucunement violé, la législation sur les traitements des fonctionnaires faisant abstraction du sexe, entraînant qu'il y aurait égalité des rémunérations dans la fonction publique luxembourgeoise. Il ajoute que les congés seraient à considérer comme une mesure en faveur de la conciliation entre la vie professionnelle et la vie familiale pour le fonctionnaire, quel que soit son sexe.

Quant à l'article 141 du traité CE

L'article 141 du traité CE dispose : « *Chaque Etat membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur.* ».

En premier lieu il convient d'analyser si l'article 141 du traité est applicable en l'espèce.

A titre liminaire, il convient de rappeler que la CJCE a souligné, dans l'arrêt du 15 juin 1978, Defrenne III (CJCE 15 juin 1978, Defrenne III aff. 149/77, Rec. 1978, p. 1365, point 20), que la portée de l'article 141 ne saurait être étendue à des éléments du rapport d'emploi autres que ceux qu'il a explicitement envisagés.

Dans une affaire Gerster du 2 octobre 1997 (CJCE 2 octobre 1997, Gerster, aff. C-1/95, Rec. 1997, p. 5253), la dame Gerster soulevait une discrimination indirecte dans la mesure où la réglementation applicable au moment des faits aux fonctionnaires du Land de Bavière prévoit que pour le calcul de l'ancienneté, critère pris en charge pour la promotion à un emploi de grade supérieur, les périodes d'emploi pendant lesquelles l'horaire accompli est compris entre la moitié et les deux tiers de l'horaire de travail normal ne sont comptées qu'aux deux tiers, dès lors que ces emplois de travailleurs à temps partiel sont majoritairement occupés par des femmes.

Dans cette affaire, la CJCE s'est prononcée sur l'applicabilité de l'article 141 dans les termes suivants : *« Il convient de souligner que, lorsque, comme en l'espèce au principal, un fonctionnaire accède à la liste des candidats pouvant faire l'objet d'une promotion, son passage au poste de grade supérieur, et donc à un niveau de rémunération plus élevé, n'est pas un droit, mais une simple possibilité. La promotion effective dépend de différents éléments, en premier lieu, de la vacance d'un emploi de grade supérieur et, en second lieu, du maintien de la position dans la liste des personnes pouvant être promues. Une disposition telle que l'article 13, paragraphe 2, deuxième alinéa, du règlement des carrières est donc principalement destinée à régir, sous l'angle de l'ancienneté, l'accès du fonctionnaire à la liste des personnes pouvant être promues et donc à des fonctions supérieures. Elle n'a, par conséquent, que des effets indirects sur le niveau de rémunération auquel l'intéressé a droit lorsque la procédure de promotion est achevée. ... La réglementation applicable au principal, bien qu'ayant un lien indirect avec la rémunération, concerne l'accès à l'avancement professionnel. Une telle inégalité ne relève donc pas de l'article 141 du traité.. »* (att. 23)

Au vu des éléments de similitude des réglementations respectivement applicables au Luxembourg et en Allemagne, la promotion aux emplois supérieurs de commis se faisant sur base non seulement du résultat d'examen, mais également en prenant en compte l'ancienneté de service, la promotion n'étant pas automatique, mais dépendante de la vacance d'un poste, il se dégage que la promotion n'est pas un droit mais une simple possibilité, de sorte que la jurisprudence Gerster peut être appliquée à l'affaire soumise au tribunal pour retenir que l'article 141 du traité n'est pas applicable en l'espèce.

Quant à la directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

L'article 1er, paragraphe 1, de la directive 76/207 vise la mise en œuvre, dans les États membres, du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, y compris la promotion. Ce principe dénommé le « principe de l'égalité de traitement » implique, selon l'article 2 de la directive, l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe, soit directement, soit indirectement par référence, notamment, à l'état matrimonial ou familial. Selon l'article 3, paragraphe 1, *« l'application du principe de l'égalité de traitement implique l'absence de toute discrimination fondée sur le sexe dans les conditions d'accès, y compris les critères de sélection, aux emplois ou postes de travail, quel qu'en soit le secteur ou la branche d'activité, et à tous les niveaux de la hiérarchie professionnelle »*.

Selon une jurisprudence constante de la CJCE, dans tous les cas où des dispositions d'une directive apparaissent comme étant, du point de vue de leur contenu, inconditionnelles et suffisamment précises, les particuliers sont fondés à les invoquer à l'encontre de l'Etat, soit lorsque celui-ci d'abstient de transposer dans les délais la directive en droit national, soit lorsqu'il en fait une transposition incorrecte. Cette constatation a été faite par la CJCE pour l'application du principe de l'égalité de traitement au domaine des conditions d'accès à l'emploi (CJCE, 15 mai 1986, Johnston, aff. 222/84, Rec. 1986, p.1651).

Le corollaire du principe de l'égalité de traitement est la prohibition des discriminations directes et indirectes.

En l'espèce, la demanderesse invoque une discrimination indirecte.

On est en présence d'une discrimination indirecte, dès lorsqu'une disposition apparemment neutre concerne un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes, à moins que cette disposition s'explique par des facteurs objectivement justifiés et étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe.

Selon l'article 31, paragraphe 2 du statut général, le congé pour travail à mi-temps ne compte pas pour la promotion.

Cette disposition traite différemment les travailleurs à mi-temps par rapport aux travailleurs à temps plein dans la mesure où, leur ancienneté progressant plus lentement, ils ne pourront bénéficier que plus tardivement d'une promotion.

Indépendamment de la question de savoir si cette différence de traitement affecte un nombre considérablement plus élevé de femmes que d'hommes et si en cas de réponse affirmative, la question de l'existence de facteurs objectifs étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe susceptible de justifier la différence de traitement se pose, le tribunal se doit de constater qu'en l'espèce, la question est soulevée en présence de deux travailleurs de même sexe de sorte que le principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes n'a pu être utilement invoqué à travers le recours sous analyse.

Il s'ensuit que le troisième moyen d'annulation est également à écarter.

Le recours n'étant justifié en aucun de ses moyens, il est à déclarer non fondé.

Par ces motifs,

le tribunal administratif, première chambre, statuant à l'égard de toutes les parties ;

se déclare incompétent pour connaître du recours en réformation ;

reçoit le recours en annulation en la forme ;

au fond le dit non justifié ;

partant en déboute ;

met les frais à charge de la partie demanderesse.

Ainsi jugé et prononcé à l'audience publique du 12 février 2003 par :

M. Delaporte, premier vice-président ;

M. Schroeder, juge ;

Mme Thomé, juge.

s. Schmit

s. Delaporte